

REFLEXÕES ACERCA DA CODIFICAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO BRASILEIRO

PAULO MOSCONI

paulomosconi@hotmail.com

RESUMO: A partir do ano de 1985 com o advento da Lei nº 7.347/85, o Brasil ingressa na segunda onda renovatória do acesso à Justiça e da representação em juízo dos interesses difusos. A citada lei conhecida no ordenamento jurídico pátrio como a Lei da Ação Civil Pública é o marco do novo enfrentamento que aquece debates doutrinários no País; porém, o novo paradigma encontra, hoje, seu principal fundamento na Constituição da República de 1988, que rompe com os ditames ortodoxo, liberal e individualista. Procuramos, dentro dos ensinamentos do prof. Dr. Gregório Assagra, traçar comentários acerca da necessidade de se proceder ou não à codificação desse novo ramo do Direito, embasado atualmente na Carta Magna de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Direito processual coletivo; acesso à Justiça; direitos massificados; direitos difusos; tutela jurisdicional; Constituição Federal de 1988; codificação.

ABSTRACT: From 1985 on after Law nº 7347/85, Brazil has seen a second wave of renovation concerning access to justice and diffuse interest attorneyship. The aforementioned law is acknowledged as the Law of Public Class Actions and represents the milestone of a new era of passionate debates amongst jurists around the country. Moreover, this new paradigm is mainly based on the Brazilian Federal Constitution of 1988 and represents a breach from the orthodox liberal individual diktats. Based on the assumptions of Prof. Gregório Assagra de Almeida, one comments on the necessity of defining whether to carry out the codification of this new sub-area of Law, according to the Brazilian Federal Constitution of 1988.

KEYWORDS: Collective proceedings law; access to Justice; massified rights; diffuse rights; jurisdictional guardianship; Brazilian Federal Constitution of 1988; codification.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Mudança de paradigma. 3. Direito processual coletivo brasileiro. 4. Codificação do Direito processual coletivo brasileiro. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O séc. XIX foi o século das grandes codificações; na época, os modelos adotados eram rígidos, fechados, estáticos e totalizantes, frutos do positivismo neutralizante, liberalismo e racionalismo da época. Os códigos de processo civil existentes hoje seguem os modelos ultrapassados do séc. XIX, assim, não são instrumentos adequados para a proteção dos direitos e dos interesses massificados, o que originou a criação de microssistemas próprios que atendam aos anseios sociais de proteção dos direitos e interesses massificados.

Tem-se hoje a necessidade de uma tutela jurisdicional diferenciada. No último século, direitos como a saúde, educação, cultura, meio ambiente e outros de igual natureza fluida tornaram-se base dos conflitos sociais e sua titularidade foi atribuída a qualquer cidadão. Essa nova categoria de direito, mesmo mantendo seu caráter individual, tem enfoque direto na sociedade de massa e, por conseguinte, transcendência à esfera individual.

Dessa feita, notabilizou-se a necessidade de um sistema que privilegia o tratamento coletivo dos problemas que são enfrentados por um número considerável de pessoas. Sistema esse que possibilita o acesso à tutela jurisdicional por indivíduos que se encontrariam à margem do sistema.

Diante da necessidade de enfrentamento desses problemas de modo eficiente, surgiram alguns institutos jurídicos aptos a propiciar o atendimento dessas necessidades da coletividade, tais como ação popular, ação civil pública, ação popular ambiental, mandado de segurança coletivo, ação por descumprimento de preceito fundamental, e, ainda, meios que são oriundos do próprio Direito processual civil, como o disposto do artigo 83, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor: “[...] para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

Como se pode notar, o Direito pátrio é rico em meios que garantem a tutela desses interesses, o debate aqui proposto se norteará pela necessidade ou não de uma codificação própria do sistema de tutela jurisdicional coletiva.

1.1. Microssistemas

Como já dito, devido a sua generalidade, abstração e impermeabilidade às mudanças sociais, o sistema processual civil não corresponde aos anseios sociais massificados, principalmente àqueles relacionados a questões relativas à criança, ao ambiente etc.

Surgiu então, a necessidade da criação dos chamados microssistemas, também conhecidos como códigos setorizados ou estatutos.

A criação desses microssistemas abalou drasticamente a concepção dos sistemas auto-suficientes e impermeáveis até então existentes. Muitos até passaram a sustentar a tese de esgotamento do processo histórico-cultural da codificação e defendiam a criação desses microssistemas.

Foram apontadas por Orlando Gomes três razões para a caducidade dos sistemas até então implantados:

- a) impossibilidade de conservar o estilo dos códigos;
- b) esvaziamento do Código Civil e conseqüente perda de sua função;
- c) aumento das leis especiais.

Devido aos fatores apontados e à crise do modelo hierárquico e axiológico do Direito dos séculos XVIII e XIX, Theodor Viegghwy defende a concepção do Direito como problema, que seria juízos normativos constituídos em face dos problemas concretos.

Descartadas as críticas a serem traçadas a esse pensamento, ocorreu que esse fator, somado aos outros já apontados, levariam à concepção de modelos de codificações móveis, dinâmicos e até abertos, onde prevalecem princípios e cláusulas gerais, que possibilitam, além do dinamismo, uma harmonia decorrente do diálogo com outras fontes normativas.

Surge, então, o chamado pós-positivismo, que abrange todas as concepções de pensamentos que valorizam os princípios como mandamentos de otimização de uma ordem jurídica democrática, pluralista e aberta a valores, que abarca a atual concepção de neoconstitucionalismo.

O pós-positivismo mudou a concepção de sistema jurídico, alterando o sistema fechado e auto-suficiente para o sistema aberto, móvel e composto de valores.

Podemos concluir, então, para não nos alongarmos na evolução da concepção atual de sistema de direito, ao ultrapassar os modelos de codificação antigos e a crise das codificações modernas, a nova concepção de direito como problema juntamente com a concepção de sistema, oriunda do pós-positivismo, resultaram numa nova visão do que seria uma codificação que possibilitaria a efetivação do direito. Sendo certo que a adequada individuação dos problemas deve ser alcançada com fundamento no sistema como um todo.

No Brasil, existem no ordenamento dois microssistemas de tutela jurisdicional coletiva (microssistema de tutela jurisdicional coletiva comum e especial), que, juntamente com o advento da CF/88, trouxeram uma grande discussão doutrinária relativa à codificação do Direito processual coletivo brasileiro. A análise desses institutos

demonstra que a doutrina brasileira e seu sistema jurídico encontram-se bastante avançados no que tange à proteção dos direitos ou interesses massificados, porém não esgotam a necessária discussão sobre a codificação do sistema.

2. Mudança de Paradigma

A evolução histórica do sistema jurídico brasileiro encontra três principais divisões: Brasil-Colônia, Brasil-Império e Brasil-República.

Durante o Brasil-Colônia, vigiam no País as ordenações portuguesas: Ordenações Afonsinas, Ordenações Manuelinas e, por fim, as Ordenações Filipinas. Tais ordenações não se enquadram em uma conceituação rígida e moderna de codificação.

Após a independência do Brasil, já, portanto, Brasil-Império, as Ordenações Filipinas continuaram a compor o sistema jurídico brasileiro.

Grande avanço ocorreu com a Constituição do Império, de 1824, que determinou a elaboração de um código criminal fundado na Justiça e equidade, fazendo com que, em 1830, fosse criado o Código Criminal do Império, marco histórico de criação do primeiro código brasileiro.

Logo em seguida, em 1832, foi promulgado o primeiro Código de Processo Penal de Primeira Instância, o qual, também, dispunha sobre processo civil. O regulamento nº 737, de 1850, que completava o Código Comercial, também foi um marco do Direito processual brasileiro pela economia processual e simplicidade do procedimento.

Durante todo este intervalo, as causas cíveis continuavam disciplinadas pelas Ordenações Filipinas e por outras leis complementares e modificativas, fazendo com que o governo imperial incumbisse ao professor da Faculdade de Direito de São Paulo, Conselheiro Antonio Joaquim Ribas, a tarefa de reunir as leis em um único corpo, dando origem a *Consolidação das Leis de Processo Civil*, que adquiriu força de lei pela resolução imperial de 18 de dezembro de 1876.

A Constituição da República de 1891, a primeira, instituiu a dualidade da Justiça, possibilitando, assim, que os Estados organizassem suas próprias Justças, o que foi alterado pela Constituição de 1934, que restabeleceu o sistema da unidade do Direito processual para todo o País.

Nota-se que o movimento de codificação inaugurado com a codificação napoleônica no início do século XIX, que recebeu destaque com o BGB (Código Civil alemão), espalhou-se pelo mundo, atingindo o Brasil assim como outros países da América Latina.

O Brasil, acompanhando essa onda de codificação, só veio conhecer seu primeiro código civil em 1916, fruto do trabalho de Clóvis Beviláqua, que se pautou pela visão

liberal individualista de sua época e pela sistematização do BGB alemão (parte geral e parte especial).

Em seqüência, outros códigos foram criados no Brasil-República, como o CPC/39, o CP/40, o CPP/41, o CPC/73 e até o novo Código Civil de 2002, que já é resultado de uma nova metódica mais flexível, móvel e permeável a mudanças sociais.

A impermeabilidade e a estrutura fechada dos códigos atuais que foram implantados no século passado ocasionaram no Brasil a criação de microssistemas jurídicos, criação intensificada nas décadas de 1960 e 1970 por força da massificação e complexidade das relações sociais. Dentre muitos, podemos destacar o microssistema de defesa do consumidor, nascido com a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, entre outras.

Merecem maior destaque, ainda, dois microssistemas: o *microssistema da tutela jurisdicional coletiva comum* – formado pela integração entre a Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), no seu art. 21, e a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), no seu art. 90 – e o *microssistema da tutela coletiva especial* (controle concentrado e abstrato da constitucionalidade) – que, no plano infraconstitucional, compõe-se pelas Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99.

Nota-se, então, apesar de ser o Brasil rico em disposições legais de tutela dos direitos coletivos, que foi com o advento da CF/88 que a terceira onda renovatória do Direito se assentou com toda sua potencialidade, por força dos arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e, ainda, 129, III, da CF/88, entre outros.

3. Direito processual coletivo brasileiro

Na esteira do entendimento do ilustre Prof. Gregório Assagra, sustentamos a vertente de ser o Direito processual coletivo brasileiro um novo ramo do Direito processual.

O conjunto de disposições legais e os fundamentos constitucionais que embasam a tutela jurisdicional coletiva no Brasil o colocam como um dos mais avançados do mundo. Já havendo sido consagrada de forma ampla a tutela jurídica material massificada, inclusive dentro da teoria dos direitos fundamentais, necessária é a concepção de um Direito processual que garanta a efetivação desses direitos massificados resguardados constitucionalmente.

A própria Constituição Federal determina esse novo ramo do Direito pátrio nos seguintes dispositivos: art. 1º, art. 5º, art. 129, II, art. 125 e dentre outros. Restando, assim, superada a divisão do Direito processual em civil e penal por força constitucional, impõe-se uma nova forma de ver os institutos clássicos do Direito processual civil, como a legitimidade, o pedido, a coisa julgada etc., pois, como são elaborados com base na técnica do liberalismo individualista, não se prestam às diretrizes do processo coletivo.

Na esteira dos ensinamentos do Prof. Gregório Assagra, os princípios relacionados com o Direito processual coletivo comum são: princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo; princípio da máxima prioridade jurisdicional da tutela jurisdicional coletiva; princípio da presunção da legitimidade “*ad causam*” ativa pela afirmação do direito; princípio da não-taxatividade da ação coletiva; princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum; princípio da máxima efetividade do processo coletivo; princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum e o princípio da obrigatoriedade da execução coletiva pelo Ministério Público.

Aqueles relacionados com o Direito processual coletivo especial são: princípio da proteção do Estado Democrático de Direito; princípio do devido processo legal como cláusula constitucional interpretativa vinculatória genérica de dimensão processual e substancial; princípio da proporcionalidade como técnica constitucional de ponderação; princípio da supremacia da Constituição; princípio da interpretação conforme a Constituição; princípio da presunção de legitimidade da lei e dos atos normativos do poder público e princípio da indesejabilidade da ação objetiva de controle em abstrato da constitucionalidade.

Propõe, ainda, o Prof. Assagra, em sua obra, as regras de interpretação e aplicação do Direito processual coletivo. A primeira regra de interpretação a ser analisada pelo operador do Direito na aplicação do Direito processual coletivo é a da completa integração entre a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, no intuito de resolução de problemas pertinentes à aplicabilidade do processo coletivo comum.

Também temos como regra a aplicação subsidiária do CPC no processo coletivo, por força dos arts. 19 da LACP e 90 do CDC, desde que haja compatibilidade formal e material entre os institutos processuais. A Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor são normas de superdireito processual coletivo comum. E, por fim, a aplicabilidade das regras de interpretação constitucionais, por ter o Direito processual coletivo essa natureza.

4. Codificação do Direito processual coletivo brasileiro

Cabe-nos, de forma sucinta, primeiramente, diferenciar código, consolidação, compilação e microsistema.

O código é um sistema de regras jurídicas, com conteúdo histórico e político, formado por um espírito inovador e novo corpo legislativo. A consolidação é um recolhimento de normas já existentes, principalmente nos momentos de exaustão legislativa, de forma harmônica e orgânica e, ainda, leva em consideração a matéria, sendo realizado pelo Estado, caracterizando-se mais avançado que a compilação, que era feita por particulares e não tinha caráter legislativo. Já o microsistema é o conjunto de leis de cunho social que abandonam a técnica legislativa de comando genérico

e abstrato da norma para subjetivá-la. Utilizam linguagens setoriais e tratam de forma exaustiva as matérias pertinentes, abrangendo questões de Direito material interdisciplinar e processual.

A principal vantagem da codificação seria a uniformização de seu objeto formal, tornando-o mais visível. Além disso, simplifica o sistema jurídico codificado, permitindo sua melhor compreensão, e ordena os métodos de interpretação e princípios.

Ao revés, a codificação pode representar retrocessos no plano constitucional e infraconstitucional, além de engessar o sistema. E, ainda, a precoce codificação, valendo-se de modelos estrangeiros sem a devida discussão, pode fazer ruir o sistema avançado do País.

A visão adequada para a criação de um código de Direito processual coletivo é a constitucional, com base nos princípios do Estado Democrático de Direito, orientada pelas garantias fundamentais consagradas na Carta da República. Assim, a visão instrumentalista não é suficiente para a criação de um código processual coletivo, ao menos que se a redimensione à luz dos direitos e garantias constitucionais, de forma que listaremos alguns princípios arrolados pelo Prof. Assagra que norteariam a concepção de um código processual coletivo: princípio democrático; princípio da proibição de retrocesso; princípio do devido processo legal; além de dever guardar obediência aos princípios e regras de interpretação e aplicação do Direito constitucional e aos direitos e garantias individuais.

As diretrizes são:

- Afastar-se da importação de modelos estrangeiros;
- Evitar dispor sobre inúmeros requisitos específicos de admissibilidade processual;
- Disciplinar de forma global os institutos estruturais do Direito processual coletivo;
- Romper com as amarras decorrentes da aplicabilidade subsidiária do CPC;
- Ter boa técnica jurídica, baseada, sempre que possível, na linguagem constitucional;
- Manter a coerência entre os modelos de Direito processual coletivo especial e comum;
- Preservar as peculiaridades de cada área do Direito material coletivo;
- Evitar a orientação unicamente pelo método teleológico do resultado;
- Desviar-se da idéia de um código pequeno em seu objeto formal para a busca da sua aprovação no Congresso Nacional.

5. Conclusão

Nos tempos atuais, é muito difícil conceituar *código*. Primeiro por que sua conceituação esbarra na idéia de código como um sistema de normas, de acordo com o conceito

ultrapassado de código totalizante e fechado; depois porque a conceituação também depende do contexto histórico em que é elaborada. A complexidade das relações, a multiplicidade de teorias sobre o Direito e a transformação da visão fechada em uma visão aberta e móvel, que procura soluções mais justas e adequadas à sociedade, dificultam mais ainda a conceituação de código.

Muitos autores tentaram conceituar código; porém, o mais importante ao tentarmos conceituá-lo é levar em consideração a visão técnica de sistema como ordem e unidade. Deve-se elaborar um código delimitando o objeto da codificação, a natureza jurídica desse objeto, os objetivos especiais e gerais, as vantagens, a metodologia e as diretrizes principiológicas.

A pergunta que nos parece restar é: *O Brasil necessita realmente de um código de Direito processual coletivo?*

Certo é que a codificação pode ser benéfica ao Direito processual coletivo; porém, no caso do Brasil que já possui um microssistema de tutela coletiva avançado, devemos ser cautelosos diante da codificação. Os riscos encontram-se no pouco debate acerca do tema, a falta de consolidação técnica e principiológica para estruturação do código, sob pena de incorrerem em retrocesso das conquistas já conseguidas no ordenamento.

6. Bibliografia

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.